

Brasília, 11 de março de 2022.

Primeiros apontamentos e orientações em face da LEI 14.311/2022, que alterou a Lei 14.151/2021 – o trabalho das gestantes durante a emergência de saúde pública de importância nacional decorrente do coronavírus SARS-CoV-2

Considerando a edição da Lei 14.311/2022, que alterou a redação da Lei 14.151/2021, disciplinando o trabalho das empregadas gestantes durante a emergência de saúde pública de importância nacional decorrente do coronavírus SARS-CoV-2 e considerando as inúmeras dúvidas que foram suscitadas a partir do novo texto publicado em 10 de março de 2022, apresentam-se abaixo as primeiras considerações e impressões sobre o novo texto legal, bem como, ao final, conclusões e orientações aos empregadores que lhes poderão ser úteis na tomada de suas decisões de encaminhamento.

LEI 14.311/2022

“Art. 1º Esta Lei altera a Lei nº 14.151, de 12 de maio de 2021, para disciplinar o afastamento da empregada gestante, inclusive a doméstica, não imunizada contra o coronavírus SARS-Cov-2 das atividades de trabalho presencial quando a atividade laboral por ela exercida for incompatível com a sua realização em seu domicílio, por meio de teletrabalho, trabalho remoto ou outra forma de trabalho a distância.

Art. 2º O art. 1º da Lei nº 14.151, de 12 de maio de 2021, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1º Durante a emergência de saúde pública de importância nacional decorrente do coronavírus SARS-CoV-2, a empregada gestante que ainda não tenha sido totalmente imunizada contra o referido agente infeccioso, de acordo com os critérios definidos pelo Ministério da Saúde e pelo Plano Nacional de Imunizações (PNI), deverá permanecer afastada das atividades de trabalho presencial.”

TEXTO ANTERIOR – “Art. 1º Durante a emergência de saúde pública de importância nacional decorrente do novo coronavírus, a empregada gestante deverá permanecer afastada das atividades de trabalho presencial, sem prejuízo de sua remuneração.”

Foi incluída ao texto a expressão “*SARS-CoV2, a empregada gestante que ainda não tenha sido totalmente imunizada contra o referido agente infeccioso, de acordo com os critérios definidos pelo Ministério da Saúde e pelo Plano Nacional de Imunizações (PNI)*”.

Foi retirada a expressão “*sem prejuízo de sua remuneração*”.

Da forma como foi redigida e com a inserção de novas partes no texto, criou-se a ideia de que a REGRA é a POSSIBILIDADE de trabalho presencial das empregadas gestantes.

As exceções são descritas ao longo desta alteração legislativa, sendo que o caput coloca a primeira EXCEÇÃO, ou seja, deverá ficar AFASTADA DO TRABALHO PRESENCIAL “a empregada gestante que ainda não tenha sido imunizada contra o SARS-CoV-2.

A retirada da expressão “sem prejuízo da sua remuneração” apresenta-se de forma bastante temerária, pois poderá dar a impressão de por ter sido prevista na primeira redação e agora retirada, daria ao empregador o direito de que no eventual afastamento das atividades da empregada gestante não existisse a obrigação da garantia da remuneração à mesma. Diz-se temerária, para dizer o mínimo, pois a tendência de desfecho em uma eventual discussão judicial nesse sentido é pró-empregado. Recomenda-se cautela.

LEI 14.311/2022

“§ 1º A empregada gestante afastada nos termos do caput deste artigo ficará à disposição do empregador para exercer as atividades em seu domicílio, por meio de teletrabalho, trabalho remoto ou outra forma de trabalho a distância, sem prejuízo de sua remuneração.”

TEXTO ANTERIOR - Parágrafo único. A empregada afastada nos termos do **caput** deste artigo ficará à disposição para exercer as atividades em seu domicílio, por meio de teletrabalho, trabalho remoto ou outra forma de trabalho a distância.

O parágrafo único foi alterado para parágrafo primeiro.

Alterou-se a expressão “*A empregada gestante afastada*”, para “*A empregada afastada*”. Não há aparência de alteração de sentido.

Alterou-se a expressão “*ficará à disposição do empregador*”, para “*ficará a disposição*”. Igualmente não há aparência de alteração de sentido.

Foi retirada a expressão “*sem prejuízo de sua remuneração*”. Neste ponto são igualmente extensíveis as considerações apresentadas quando do comentário do caput (acima), sobre o caráter temerário da retirada da expressão que antes existia.

Este parágrafo estaria regulando a exceção ao sistema, ou seja, se a REGRA é a possibilidade do trabalho presencial, a exceção será a sua não realização, com a colocação da empregada gestante em uma das modalidades de trabalho remoto, sem alteração em seu padrão remuneratório.

Um importante destaque neste ponto é o de que como a lei transformou o trabalho remoto em EXCEÇÃO, atribuiu ao empregador o poder de decisão unilateral sobre se valer ou não da alteração.

LEI 14.311/2022

“§ 2º Para o fim de compatibilizar as atividades desenvolvidas pela empregada gestante na forma do § 1º deste artigo, o empregador poderá, respeitadas as competências para o desempenho do trabalho e as condições pessoais da gestante para o seu exercício, alterar as funções por ela exercidas, sem prejuízo de sua remuneração integral e assegurada a retomada da função anteriormente exercida, quando retornar ao trabalho presencial.”

Texto inexistente na redação original.

A inserção deste parágrafo 2º ao art. 1º, criou uma alternativa organizacional aos empregadores e empregadas gestantes, na qual o empregador fica autorizado a realizar a alteração da função da empregada gestante, durante o período de emergência de saúde pública de importância nacional decorrente do coronavírus SARS-CoV-2, de sorte a que seu trabalho se torne compatível com o trabalho remoto (em qualquer de seus formatos).

Cessado este período extraordinário o empregador deverá retornar a gestante à função anteriormente exercida presencialmente.

Na eventual alteração de função - situação extraordinária, deverá ser garantida a remuneração integral da empregada (aquela que recebia antes da alteração).

Um importante destaque neste ponto é o de que a lei atribuiu ao empregador o poder de decisão unilateral sobre se valer ou não da alteração.

LEI 14.311/2022

“§ 3º Salvo se o empregador optar por manter o exercício das suas atividades nos termos do § 1º deste artigo, a empregada gestante deverá retornar à atividade presencial nas seguintes hipóteses:

I - após o encerramento do estado de emergência de saúde pública de importância nacional decorrente do coronavírus SARS-CoV-2;

II - após sua vacinação contra o coronavírus SARS-CoV-2, a partir do dia em que o Ministério da Saúde considerar completa a imunização;

III - mediante o exercício de legítima opção individual pela não vacinação contra o coronavírus SARS-CoV-2 que lhe tiver sido disponibilizada, conforme o calendário divulgado pela autoridade de saúde e mediante o termo de responsabilidade de que trata o § 6º deste artigo;”

Texto inexistente na redação original.

Este parágrafo 3º, inserido acrescido ao art. 1º, da Lei 15.151/2021, reforça a ideia de REGRA e EXCEÇÃO construída no caput, afirmando que como REGRA a empregada gestante deverá retornar, ao trabalho presencial.

Reforça também o caráter excepcional do trabalho remoto ao afirmar que o trabalho presencial deveria ocorrer “SALVO” se o empregador decidisse valer-se da modalidade remota.

Apesar da redação um tanto confusa, a leitura do item II, deste parágrafo 3º, outorga a compreensão de que a situação-REGRA estipulada pela legislação seria a de que “a empregada gestante deverá retornar à atividade presencial” “após sua vacinação contra o coronavírus SARS-CoV-2”, tendo como referência temporal de retorno “a partir do dia em que o Ministério da Saúde considerar completa a imunização”.

Caso isso não ocorra por conta de alguma das hipóteses legalmente previstas, esse retorno ocorreria nos termos do item I, do parágrafo 3º, ou seja, “após o encerramento do estado de emergência de saúde pública de importância nacional decorrente do coronavírus SARS-CoV-2”.

Entende-se que o ponto polêmico da lei ficará por conta do item III, deste parágrafo 3º, que afirma inicialmente a existência de uma “legítima opção individual” pela não vacinação, não estando cem por cento claro se esse reconhecimento é colocado em termos gerais (todos os cidadãos), ou se se refere a empregados ou, ainda, se se refere apenas às empregadas gestantes.

Quando lido em conjunto com o disposto no parágrafo 7º, que afirma que o exercício deste “direito” seria “uma expressão do direito fundamental de autodeterminação individual”, e que “não poderá ser imposta à gestante que fizer a escolha pela não vacinação qualquer restrição de direitos em razão dela”, dá-se a aparência de que essa afirmação de “direito” **se refere, neste momento, apenas às empregadas gestantes.**

Fazemos referido comentário em vista de que o próprio texto legal afirma estar regulamentando um direito constitucional. Portanto, **sua constitucionalidade certamente poderá ser questionada judicialmente em vista dessa alusão e em vista de uma eventual incompatibilidade dessa exceção frente à ordem constitucional estabelecida (o STF em inúmeros julgamentos tem afirmado a prevalência do interesse coletivo frente ao individual quando se está a tratar de matéria sanitária).**

Assim, esta exceção legal possui uma certa tendência à judicialização, sendo que palavra final ficará com o STF.

Assumidos os eventuais riscos de sua adoção (eventual inconstitucionalidade), o item III do parágrafo 3º, do art. 1º, cria outra exceção à regra anteriormente enunciada, afirmando ser possível o retorno presencial de empregada gestante NÃO VACINADA, desde que essa OPÇÃO INDIVIDUAL seja formalizada em “TERMO DE RESPONSABILIDADE E DE LIVRE CONSENTIMENTO” para exercício do trabalho presencial, devidamente subscrita por essa empregada gestante.

O parágrafo 6º, do art. 1º, esclarece essa particularidade ainda afirmando que no referido termo a empregada gestante deverá se comprometer a “cumprir todas as medidas preventivas adotadas pelo empregador” para fins sanitários.

Nessa ordem de ideias, parece prudente que nesse referido termo de responsabilidade sejam estipuladas as regras de forma expressa, ou se remeta ao protocolo sanitário que o empregador adota (anexando-o ou indicando onde o mesmo se encontra disponível para consulta).

Finalmente, como em termos de direito do trabalho o empregado ostenta legalmente uma presunção de hipossuficiência (afastável ou não à luz da avaliação da multiplicidade das situações concretas), seria no mínimo imprudente não indicar neste momento que a adoção dessa possibilidade gerará possíveis riscos ao empregador, que deverão ser avaliados a luz de sua situação concreta.

Referidos riscos poderiam se materializar na invocação de potencial tese de coação econômico-social para a assinatura do termo, diante da eventual necessidade do emprego para a manutenção de sua subsistência. Muito provavelmente referidas alegações não partirão da própria empregada, mas dos sindicatos de trabalhadores e do Ministério Público do Trabalho, como todos provavelmente já tiveram a oportunidade de constatar em situações assemelhadas, em momentos históricos anteriores.

Além disso, tal qual já visto em julgamento histórico do STF - quando apreciava a possibilidade de retirada da garantia de empregado das gestantes na hipótese delas não comunicarem ao empregador essa sua condição, sempre poderá se discutir até que ponto o direito protegido constitucionalmente é da mãe ou do nascituro, até onde ele é transigível ou disponível, bem como qual prevaleceria se colocados em conflito.

A ressalva é realizada porque como a situação é evidentemente sanitária certamente poderá surgir o questionamento do significado do “TERMO DE RESPONSABILIDADE”.

Responsabilidade sobre o quê? A lei não menciona ou no mínimo não deixa clara.

Portanto, como os riscos e a constitucionalidade (ou não) dessa hipótese somente serão definidas por eventos e decisões futuras (especialmente do STF), sugerimos como medida adicional de cautela (que naturalmente não é obrigatória e sim sugestão de cautela), **que o termo de responsabilidade subscrito pela gestante tenha no mínimo a assinatura de ciência do médico que acompanha a gestação dessa empregada.**

Referida cautela auxiliaria a inibir os dois problemas acima indicados. Tornaria difícil a alegação de coação (ou de opção desinformada), bem como demonstraria que a opção foi levada a conhecimento da autoridade médica que acompanha a gestação, dando-lhe a oportunidade de se pronunciar sobre as questões médicas que entendesse pertinente.

LEI 14.311/2022

IV - (VETADO).

TEXTO VETADO - “IV - com a interrupção da gestação, observado o disposto no art. 395 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, com o recebimento do salário-maternidade no período previsto no referido artigo.”

Apesar deste dispositivo ter sido vetado em bloco, juntamente com os parágrafos 4º e 5º, do art. 1º, e com o art. 3º, as críticas que adiante direcionaremos aos problemas gerados pelo veto não seriam necessariamente extensíveis a este dispositivo.

Aparentemente o projeto de lei inseriu o famoso “jabuti” na ideia central da alteração legislativa, não para sanar omissão existente no texto de lei anterior, ou para criar normatização necessária neste período de pandemia, mas para alterar a fonte de custeio de situação que já possuía previsão no art. 395 da CLT (se ela estava correta ou não é outra discussão...).

Explica-se:

Referido inciso IV previa o retorno presencial da empregada que deixara de ostentar a condição de gestante por conta do advento de “aborto não criminoso”, nos termos do art. 395 da CLT:

*“Art. 395 - Em caso de aborto não criminoso, comprovado por atestado médico oficial, **a mulher terá um repouso remunerado de 2 (duas) semanas**, ficando-lhe assegurado o direito de retornar à função que ocupava antes de seu afastamento.”*

O art. 395 da CLT já previa afastamento de 2 (duas) semanas em caso de aborto não criminoso, alocando o custeio desses dias não trabalhados sob o encargo do empregador (como ocorre em outras situações como o descanso semanal remunerado, férias e os 15 primeiros dias de afastamento por motivo de incapacidade para o trabalho, dentre outros).

Assim, a alteração pretendida não guardava qualquer correlação com o momento pandêmico, tendo sido apenas uma tentativa de realocar o custeio do benefício previsto no art. 395 - saindo do empregador e passando-o para o INSS.

LEI 14.311/2022

§ 4º (VETADO).

§ 5º (VETADO).

ART. 3º. (VETADO) (lei 14311/2022)

TEXTOS VETADOS:

*“§ 4º Na hipótese de a natureza do trabalho ser incompatível com a sua realização em seu domicílio, por meio de teletrabalho, trabalho remoto ou outra forma de trabalho a distância, a empregada gestante de que trata o **caput** deste artigo terá sua situação considerada como gravidez de risco até completar a imunização e receberá, em substituição à sua remuneração, o salário-maternidade, nos termos da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, desde o início do afastamento até 120 (cento e vinte) dias após o parto ou por período maior, nos casos de prorrogação na forma do inciso I do **caput** do art. 1º da Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008.”*

“§ 5º A empregada gestante de que trata o § 4º deverá retornar ao trabalho presencial nas hipóteses previstas no § 3º deste artigo, o que fará cessar o recebimento da extensão do salário-maternidade.”

“Art. 3º O pagamento da extensão do salário-maternidade na forma prevista no § 4º do art. 1º da Lei nº 14.151, de 12 de maio de 2021, não produzirá efeitos retroativos à data de publicação desta Lei.”

Inicialmente é importante que se esclareça ao leitor para quais hipóteses e para quais empregadas gestantes eram direcionados os textos vetados.

Como referido nos comentários anteriores, a empregada gestante completamente imunizada DEVE retornar ao trabalho presencial ou, a critério do empregador, pode ser transferida para alguma modalidade de trabalho remoto.

Aquela que não estiver completamente imunizada DEVE, como regra, ser afastada do trabalho presencial. Como estará afastada do trabalho presencial, ter-se-ão as seguintes situações:

- a) Não trabalhará de forma presencial e será encaminhada para realização de suas funções mediante alguma das modalidades de trabalho remoto;
- b) Ficará a disposição do empregador, sem trabalhar presencialmente, recebendo seu salário integral (ponto onde reside a maior parte das polêmicas);
- c) Assinará termo de responsabilidade e retornará ao trabalho presencial, após a assinatura (situação que remete aos comentários já oferecidos acima, especialmente sobre os riscos e a discussão sobre sua constitucionalidade);

Assim, a empregada referida nos dispositivos VETADOS é a mencionada na letra “b” supra, ou seja, a empregada gestante que NÃO ESTÁ COMPLETAMENTE IMUNIZADA, e para a qual NÃO HÁ COMPATIBILIDADE DE EFETIVAÇÃO DE TRABALHO REMOTO, e que não queira SUBSCREVER TERMO DE RESPONSABILIDADE.

Para essa situação infelizmente o veto presidencial acabou voltando a colocar sob o encargo do empregador o custo financeiro da remuneração da empregada gestante, sem que em princípio se possa realizar o afastamento previdenciário dessa empregada, com o custeio estatal do período que se faça necessário.

Os motivos declinados para fins de veto, aliás, são essencialmente orçamentários.

Vejam-se:

“A proposição legislativa estabelece que, na hipótese de a natureza do trabalho ser incompatível com a sua realização em seu domicílio, por meio de teletrabalho, de trabalho remoto ou de outra forma de trabalho a distância, a empregada gestante teria sua situação considerada como gravidez de risco até completar a imunização e receberia, em substituição à sua remuneração, o salário-maternidade, nos termos da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, desde o início do afastamento até cento e vinte dias após o parto, ou por período maior, nos casos de prorrogação na forma do inciso I do **caput** do art. 1º da Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008. A proposição estabelece, ainda, que o pagamento da extensão do salário-maternidade não produziria efeitos retroativos à data de publicação da Lei.

Prevê, ademais, que a empregada gestante deveria retornar ao trabalho presencial, atendidas algumas hipóteses previstas na proposição, cessando-se o recebimento da extensão do salário-maternidade. A proposição também determina que, salvo se o empregador optasse por manter o exercício das suas atividades nos termos do § 1º do art. 1º da Lei nº 14.151, de 2021, a empregada gestante deveria retornar à atividade presencial na hipótese de interrupção da gestação, observado o disposto no art. 395 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), com o recebimento do salário-maternidade no período previsto no referido artigo.

Entretanto, em que pese meritória, a proposição contraria o interesse público, haja vista que institui concessão de benefício previdenciário destinado à situação de maternidade, porém, com feição diversa da existente para o auxílio-maternidade, já instituído na Lei nº 8.213, de 1991, uma vez que é temporalmente mais abrangente e de definição casuística.

Ademais, ao se dilatar o prazo de fruição do benefício, restaria apresentado alto potencial de alteração de despesa obrigatória relacionada à concessão de benefícios previdenciários, o que violaria o disposto no § 5º do art. 195 da Constituição da República e colocaria sob risco material a sustentabilidade do Regime Geral de Previdência Social.

Outrossim, representa risco potencial de afronta ao inciso III do **caput** do art. 167 da Constituição, caso haja necessidade de contratação de operação de crédito para sua operacionalização, bem como viola o disposto no art. 107 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, além de ir de encontro ao regramento da disciplina fiscal previsto nos art. 15, art. 16 e art. 24 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 - Lei de Responsabilidade Fiscal, e nos art. 124 e art. 125 da Lei nº 14.194, de 20 de agosto de 2021 - Lei de Diretrizes Orçamentárias 2022.”

Em suma, diante do veto dos referidos dispositivos caberá novamente ao empregador decidir se arca com os custos da remuneração da empregada, sem qualquer prestação de serviços ou ingressa com ação judicial em face da União para que ela arque com esse ônus financeiro (atualmente há inúmeras decisões judiciais em 1ª e 2ª instância concedendo esse pedido, mas sem que ainda se tenha uma pacificação em cortes superiores sobre o assunto).

LEI 14.311/2022

§ 6º Na hipótese de que trata o inciso III do § 3º deste artigo, a empregada gestante deverá assinar termo de responsabilidade e de livre consentimento para exercício do trabalho presencial, comprometendo-se a cumprir todas as medidas preventivas adotadas pelo empregador.

§ 7º O exercício da opção a que se refere o inciso III do § 3º deste artigo é uma expressão do direito fundamental da liberdade de autodeterminação individual, e não poderá ser imposta à gestante que fizer a escolha pela não vacinação qualquer restrição de direitos em razão dela.” (NR)

Remete-se aqui aos comentários já realizados quando da abordagem do inciso III, do parágrafo 3º, da Lei 14.151/2021, com a redação agora dada pela Lei 14.311/2022.

CONCLUSÕES E ORIENTAÇÕES:

Feitos todos os esclarecimentos e a análise dos dispositivos legais trazidos pela Lei 14.311/2022, em cotejo com a anterior legislação – Lei 14.151/2021, apresentam-se a seguir as conclusões e orientações que se apresentaram pertinentes:

- 1) A empregada gestante completamente imunizada DEVE retornar ao trabalho presencial ou, a critério do empregador, pode ser transferida para alguma modalidade de trabalho remoto;

- 2) A empregada gestante que não estiver completamente imunizada DEVE, como regra, ser afastada do trabalho presencial, observando-se as seguintes alternativas:
 - a) Não trabalhará de forma presencial e será encaminhada para realização de seu trabalho mediante alguma das modalidades de trabalho remoto;
 - b) Ficará à disposição do empregador, sem trabalhar presencialmente, recebendo seu salário integral;
 - c) Ficará sem trabalhar (presencialmente ou de forma remota), bem como não ficará à disposição do empregador, no pressuposto da judicialização da questão frente a União, relativamente ao custeio da remuneração da empregada gestante;
- 3) Para as empregadas gestantes que não estejam completamente imunizadas PODERÃO assinar termo de responsabilidade e retornar ao trabalho presencial, após a assinatura, desde que o empregador, avaliando os eventuais riscos que estará assumindo, assim o consinta;
- 4) Na hipótese indicada no item 3, supra, sugere-se que no termo de responsabilidade sejam estipuladas as regras de forma expressa, ou se remeta ao protocolo sanitário que o empregador adota (anexando-o ou indicando onde o mesmo se encontra disponível para consulta);
- 5) Ainda na hipótese indicada no item 3, supra, sugere-se, como medida adicional de cautela, **que o termo de responsabilidade subscrito pela gestante tenha no mínimo a assinatura de ciência do médico que acompanha a gestação dessa empregada.**

Diego Felipe Muñoz Donoso
Assessor Jurídico – FENEP